

Nr sprawy **33/2024/PN**

Bydgoszcz, dnia 01.10.2024 r.

**strona internetowa prowadzonego postępowania**

## WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: **DOSTAWY PRODUKTÓW LECZNICZYCH STOSOWANYCH W PROGRAMACH TERAPEUTYCZNYCH**

Na podstawie art. 135 ust. 2 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (*Dz.U. 2024 poz. 1320 – dalej „ustawa Pzp”*) w odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, Zamawiający udziela następujących wyjaśnień:

### Pytanie nr 1

Do §3 ust. 4 wzoru umowy:

Prosimy o wykreślenie §3 ust. 4 wzoru umowy, ponieważ wskazane zapisy w sposób rażąco naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, które obowiązywać będą w trakcie realizacji umowy, a także umożliwiając dowolne ograniczenia wielkości zamówienia, z pominięciem zasady wyrażonej w art. 433 pkt 4) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2023 poz. 1605). Argumentacja ta znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) stwierdziła, że zapisy zakładające możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie, również w sytuacji, gdy Wykonawca nie obniży cen, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowią klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

**Odpowiedź: Projekt umowy nie zawiera niedozwolonych postanowień z art. 433 pkt. 4, gdyż Zamawiający przewidując możliwość ograniczenia wielkości zamówienia wskazał minimalną wielkość świadczenia Stron tj. realizację przedmiotu umowy w zakresie co najmniej 50% ilości określonej w Załączniku nr 2 do umowy.**

Ponadto zgodnie z §3 ust. 2 w czasie obowiązywania umowy Zamawiający zamawiał będzie tylko leki refundowane, zgodnie z aktualnym obwieszczeniem Ministra Zdrowia w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych. Wobec powyższego, w przypadku usunięcia leku z przedmiotowego wykazu w trakcie trwania umowy, o ile podmiot uprawniony do obrotu hurtowego nie zaproponuje odpowiednika znajdującego się w obwieszczeniu refundacyjnym Ministra Zdrowia, którego cena

**hurtowa brutto nie będzie wyższa niż cena hurtowa brutto leku, którego dostawy są przedmiotem umowy, dalsza realizacja umowy staje się niemożliwa.**

### **Pytanie nr 2**

Do §7 ust. 1, 2, 3 wzoru umowy.

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §7 ust. 1, 2, 3 w taki sposób, aby kary umowne zastrzeżone na wypadek opóźnienia w realizacji zamówienia były wyłącznie proporcjonalne do wartości części zamówienia zrealizowanej z opóźnieniem - bez minimalnej, sztywnej kary, tj. 50,00 zł - i wynosiły 0,5% od wartości tej części, za każdy dzień opóźnienia? Wskazujemy, że wysokość ww. kar umownych możliwych do naliczenia przez Zamawiającego (zawsze minimum 50,00 zł) nie zostaje uzależniona ani od realnej wartości niezrealizowanej terminowo pozycji zamówienia, czy od poniesionej przez Zamawiającego szkody, ani też od żadnych innych obiektywnych czynników. W konsekwencji, taki sposób naliczania budzi zastrzeżenia Wykonawcy z uwagi na fakt, iż może być on dotknięty sankcją nieważności na podstawie art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego - ze względu na sprzeczność z naturą stosunku zobowiązaniowego. Reasumując, ww. sankcje wynikające z proponowanej treści umowy nie spełniają zasadniczego celu, dla którego są wprowadzane i uwzględniają jedynie represyjną funkcję kary umownej. Mając to na uwadze, Wykonawca wnosi o zmianę wspomnianych zapisów, aby były one zgodne z reżimem prawa cywilnego.

**Odpowiedź: NIE. Zamawiający podtrzymuje zapisy Projektu umowy.**

### **Pytanie nr 3**

Do §8 ust. 1 lit. f. g) wzoru umowy:

Prosimy o modyfikację §8 ust. 1 lit. f, g) poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu asortymentowo cenowym mogą ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu w granicach +/- 20%, a przez takie sformułowanie Zamawiający będzie rozumiał możliwość zamówienia o 20% mniejszych lub o 20% większych ilości, każdego z zamówionych asortymentów. Aktualna treść §8 ust. 1 lit. f, g) jest na tyle ogólna i nieprecyzyjna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych, a tym samym, nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

W wyroku z dnia 17 listopada 2023 roku (sygn. akt: KIO 3212/23) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez wykonawcę Urtica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Specjalistyczny im. E. Biernackiego w Mielcu na dostawy produktów leczniczych oraz wyrobów medycznych, dotyczące analogicznych zapisów umownych, uznając za uzasadnione zarzuty naruszenia art. 99 ust. 1, art. 433 pkt 4, art. oraz 441 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2024 poz. 1320 ze zm.). Krajowa Izba Odwoławcza w wyżej przywołanym wyroku stwierdziła, że Zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany wskazać minimalną ilość każdego zamawianego produktu, zgodnie z treścią wynikającą z art. 433 pkt 4 PZP, a także uznała, że Zamawiający ma bezwzględny obowiązek w sposób precyzyjny, zrozumiały oraz jednoznaczny wskazać w zakresie każdego zamawianego produktu, jego ilość, do której może zwiększyć zakres zamówienia w ramach korzystania z prawa opcji, co z kolei wynika z treści art. 441 ust. 1 PZP.

KIO wskazała, że w przypadku zamówienia udzielanego w częściach, każda z części zamówienia stanowi odrębne zamówienie. Opis przedmiotu zamówienia, który przewiduje dowolne zwiększanie lub zmniejszanie ilości produktów z wybranych pozycji asortymentu, w tym całkowitą rezygnację z niektórych pozycji, należy uznać za niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań oraz okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Możliwość zwiększenia zakresu zamówienia w istocie stanowi opcję, co potwierdza art. 31 ust. 2 PZP, z którego wynika, że przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego



zamówienia z uwzględnieniem opcji. Zamawiającemu przysługuje prawo zastrzeżenia w umowie „opcji w górę”, przewidującej zwiększenie zakresu zamówienia oraz „opcji w dół”, pozwalającej na ograniczenie zakresu zamówienia. Nie jest nieprawidłowe zawarcie obu tych możliwości w jednym postanowieniu umowy czy też powiązanie ich ze sobą, ale przy ograniczaniu zakresu zamówienia należy przestrzegać zasady wynikającej z art. 433 pkt 4 PZP, zaś w zakresie, gdzie zwiększenie zakresu zamówienia stanowi opcję, należy stosować się do reguł wynikających z art. 441 ust. 1 PZP.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy Projektu umowy, stanowiącego Załącznik nr 4 do SWZ. §8 ust.1 lit. f)-g) Projektu umowy odnosi się do Formularza cenowego – stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ, który zawiera szczegółowy opis wymagań Zamawiającego wraz ze wskazaniem planowanej do zrealizowania ilości. Ponadto Projekt umowy nie zawiera niedozwolonych postanowień z art. 433 pkt. 4, gdyż Zamawiający przewidując możliwość ograniczenia wielkości zamówienia wskazał minimalną wielkość świadczenia Stron tj. realizację przedmiotu umowy w zakresie co najmniej 50% ilości określonej w Załączniku nr 2. Minimum 50% dotyczy ilości łącznej w całej zawartej umowie a nie poszczególnych produktów (pozycji asortymentowych) w Formularzu cenowym.**

#### Pytanie nr 4

Wnosimy o dodanie zapisu zakładającego waloryzację wynagrodzenia Wykonawcy w razie zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, ze wskazaniem:

- a) sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia: w oparciu o skumulowane miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszane przez Prezesa GUS (potocznie inflacja) z 6 miesięcy poprzedzających moment dokonania waloryzacji;
- b) poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego do dokonania waloryzacji: kiedy wyżej opisane obliczenie (suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszane przez Prezesa GUS) wyniesie 3% lub więcej;
- c) okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy: pierwsza zmiana po upływie 6 miesięcy, każda kolejna po 3 miesiącach;
- d) maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o ww. zasadach wprowadzania zmian: 15% wysokości pierwotnego wynagrodzenia umownego.

Prosimy również o dodanie zastrzeżenia, że gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, zarówno Wykonawca jaki i Zamawiający nabędą uprawnienie do rozwiązania w tej części umowy, za porozumieniem stron, z zachowaniem 1-miesięcznego okresu wypowiedzenia, bez obowiązku ponoszenia z tego tytułu kar umownych.

Wskazujemy, że art. 439 PZP w znowelizowanym brzmieniu nakłada na Zamawiającego obowiązek określania w umowie, której przedmiotem są dostawy, zawartej na okres dłuższy niż 6 miesięcy, postanowień dotyczących zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W konsekwencji, brak zamieszczenia ww. klauzuli waloryzacyjnej w treści umowy uznać należy za naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy projektu umowy, stanowiącego Załącznik nr 4 do SWZ. Z uwagi na fakt, że na leki będące przedmiotem dostawy obowiązuje cena urzędowa ustalana przez Ministra Zdrowia, mająca charakter ceny sztywnej w rozumieniu art. 537 kodeksu cywilnego, zapis ten nie będzie miał zastosowania do zmian wynagrodzenia Wykonawcy wynikającego z przedmiotowej umowy.**



Powyższe odpowiedzi są wiążące dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego Zamówienia.

Niniejsze pismo stanowi integralną część :

- 1) Specyfikacji Warunków Zamówienia dot. powyższego zamówienia;
- 2) Ogłoszenia o zamówieniu nr 2024/S 174-536001 z dnia 06.09.2024 r.

Termin oraz godzina składania i otwarcia ofert nie ulegają zmianie:

**11.10.2024 r.**

godz. **09:00** – składanie ofert

godz. **09:15** – otwarcie ofert

**z up. Dyrektora**  
**Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego**  
**im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy**  
**Kierownik Działu Zamówień Publicznych**  
**Agata Walencykowska**

**Sprawę prowadzi:** Joanna Przybył  
Dział Zamówień Publicznych  
Tel. 52 32 62 104, e-mail [zamowienia-pub@wsd.org.pl](mailto:zamowienia-pub@wsd.org.pl)



Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy  
jest Jednostką Samorządu Województwa Kujawsko-Pomorskiego